

Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces

Public Law and Private Law in The International Protection of Adults

Alberto MUÑOZ FERNÁNDEZ

Universidad de Navarra
amunfer@unav.es

RECIBIDO: 02/03/2015 // ACEPTADO: 11/06/2016

Resumen: El sector de la protección jurídica de los adultos es un claro ejemplo de coexistencia de normas de derecho público y de derecho privado. Cuando en la esfera de una medida de protección de un adulto existen elementos vinculados a más de un país, se plantean los problemas propios del derecho internacional privado; las soluciones están muy condicionadas por esta concurrencia de intereses públicos y privados. La normativa española no era sensible a esta realidad hasta la reciente reforma del 9.6 CC.

Palabras clave: protección internacional del adulto; derecho público y derecho privado; derecho internacional privado; competencia judicial internacional; ley aplicable; ley de la residencia habitual.

Abstract: The legal protection of adults is a clear example of the coexistence of public and private law. If contacts with different countries exist in the sphere of a protection measure, private international law issues will arise; the concurrence of public and private interests will affect the solution to these questions. The Spanish law did not take this into account until the recent reform of art. 9.6 of the Civil Code.

Keywords: international protection of adults; public and private law; private international law; jurisdiction; applicable law; law of habitual residence.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es mostrar cómo el sector del derecho de la discapacidad es un claro ejemplo de la concurrencia de normas de derecho público y de derecho privado —en las que subyace un interés público—. Se trata de un sector del derecho que está evolucionando muy rápidamente en los últimos años y que, pese a la heterogeneidad de su contenido, se está configurando como una disciplina independiente.

La evolución del derecho de las personas con discapacidad se ha acelerado como consecuencia de la adopción en 2006 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Los países que han ratificado ese instrumento internacional se han comprometido a garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Si bien el catálogo de derechos que establece no es novedoso, pues recoge derechos que teóricamente ya ostentaban las personas con discapacidad,

el Convenio detalla los aspectos en los que existe un mayor riesgo de discriminación. Exigencias que antes dependían de políticas sociales más o menos sensibles a estas personas, se convierten ahora en una cuestión de derechos humanos.

En este trabajo se llamará la atención sobre las consecuencias que se derivan en derecho internacional privado de dos características actuales de la protección del incapaz: por un lado, la llamada *publicación* de la protección de los incapaces (que la aproximan al derecho público) y por otra, la toma en consideración de la autonomía de la voluntad del discapacitado (aspecto más propio del derecho privado)¹.

Cabe señalar que para las normas de derecho internacional privado españolas, las cuestiones relativas al estatuto personal –estado civil, capacidad, etc.– de un extranjero quedan sometidas a su ley nacional, dado que según el artículo 9.1 CC, la ley personal viene determinada por la nacionalidad. En los supuestos de doble nacionalidad, solo una de ellas se considera relevante a la hora de determinar la ley personal. En nuestro derecho, las reglas para determinar la nacionalidad que se toman en cuenta para concretar la ley personal aparecen recogidas en el art. 9.9 del CC, que a su vez remite a los Tratados de doble nacional firmados por España. En el caso del Tratado de doble nacionalidad hispano-argentina², por ejemplo, la nacionalidad que se debe tomar en consideración a los efectos del estatuto personal es la última adquirida.

Por lo que se refiere a la protección de las personas mayores de edad, se ha producido recientemente un cambio muy significativo a la hora de deter-

¹ La Recomendación 4(99) del Consejo de Europa, sobre los principios relativos a la protección jurídica de los incapaces mayores, supuso un importante hito en el reconocimiento del cambio de orientación en los principios fundamentales que deben inspirar la protección de las personas que tiene dificultades para gobernarse por sí mismas. Una de las notas más importantes es la toma en consideración –y con un valor primordial– de la voluntad del adulto en un ámbito en el que antes apenas se le concedía relevancia.

El Principio 9 de dicha Recomendación aboga por el respeto de los deseos y sentimientos de la persona. En este sentido señala que, a la hora de establecer una medida protectora, se debe tratar de averiguar en la medida posible los deseos del adulto, pasados y presentes, y deberán tenerse en consideración y respetarse. En particular, debe respetarse en la medida de lo posible la elección que haya hecho de una persona para que le represente o asista. Finalmente, el representante deberá informar al adulto, siempre que sea posible y adecuado, de las decisiones que le afecte para que pueda expresar su opinión.

Por otro lado, el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, es un principio general de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 3 a).

² Convenio de doble nacionalidad entre España y Argentina, de 14 de abril de 1969 (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 1971).

minar la ley aplicable. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³, ha sustituido el punto de conexión de la nacionalidad por el de la residencia habitual. Esta reforma es coherente con lo establecido por la normativa convencional y con lo que venía reclamando la doctrina.

Para entender el acierto de este cambio pensemos cómo se establecería un régimen de protección a un extranjero a la luz de la norma anterior. Se planteaban serios problemas a la hora de determinar la ley aplicable. Según el artículo 9.6 CC, la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regía por la ley de la nacionalidad. Conforme a lo dicho anteriormente, todo lo relativo a la tutela de un extranjero quedaría sometido a la ley su nacionalidad. Es fácil comprender que en el caso de que la tutela la haya asumido una entidad pública tutelar española sería complejo someter su actuación a los dictados de una ley extranjera sobre tutela. Sin embargo, esta era la solución establecida por el derecho español hasta 2015.

II. PUBLIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS INCAPACES Y EVOLUCIÓN DEL ART. 9.6 CC

Esta solución estaba anclada en los antiguos Convenios de La Haya sobre protección de incapaces, de 1902⁴ y 1905⁵, que fueron elaborados en un momento de exaltación del criterio de la nacionalidad como ley personal, en

³ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio).

⁴ Ratificado por España el 30 de junio de 1904, y publicado en la *Gaceta*, n° 121, de 1 mayo 1905. Entre la bibliografía general sobre el Convenio de 1902 podemos destacar: P. GUYOT, «Tutelle des mineurs», en A. DE LAPRADELLE y J. P. NIBOYET, *Répertoire de Droit International*, t. X, 1931, pp. 694-701; A. MARÍN LÓPEZ, «Los conflictos de leyes en materia de tutela», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIII (1960), pp. 439-441; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. II, 4ª ed., Atlas, Madrid, 1967, pp. 299-301; E. SIMON, *La tutelle des mineurs selon la convention de La Haye du 12 juin 1902*, Lausanne, 1919; M. TRAVERS, «La Convention de La Haye relative à la tutelle des mineurs et les accords antérieurs passés par la France», *Revue de Droit International Privé* (1912), pp. 641 y ss.

⁵ España no ratificó esta Convención. Entre la bibliografía sobre este Convenio podemos destacar: F. CAPOTORTI, «La capacité en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 110 (1963), pp. 216-220 y 231-243; B. DUTOIT, «La protection des incapables majeurs en droit international privé», *Revue Critique de Droit International Privé* (1967), pp. 499-501; Mª M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, «Antecedentes e iter legislativo del Convenio de la Conferencia de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos», en M. ALONSO PÉREZ, E. Mª MARTÍNEZ GALLEGUO y J. REGUERO CELADA (coords.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 480-488.

el que subyacía la idea de que el Estado debe cuidar de sus súbditos allí donde estén, y que la ley nacional, por su estabilidad, es la que mejor garantiza la continuidad de la protección, facilitando que ésta esté sometida siempre a una misma ley.

Sin embargo, esto podía ser válido en aquellos años, en los que reinaba la estabilidad en Europa y en los que la familia se hacía cargo sin mayores dificultades de sus miembros más débiles; pero, tras la segunda guerra mundial, la situación cambia. Se producen grandes movimientos migratorios. La familia ya no goza de la estabilidad que la caracterizaba décadas atrás.

Por otro lado, se produjo una evolución de un Estado no excesivamente intervencionista hacia el llamado Estado de Bienestar. El conocido como *Welfare State* tendrá como característica la mayor implicación del Estado en la garantía de una serie de prestaciones que antes quedaban al margen de su campo de acción⁶.

Todas estas transformaciones provocan que cada vez sea más frecuente la intervención pública en la protección del incapaz. Esto se concreta en al menos tres puntos:

En primer lugar un cambio en el papel del juez en el proceso de incapacitación y en el control de la tutela. El objeto del proceso, al afectar al estado civil de las personas, al orden y constitución de la sociedad, implica la presencia del interés público en la medida en que afecta a derechos fundamentales. Al Estado le interesa cómo se lleva a cabo la tutela o curatela de aquellos que no puedan gobernarse por sí; determinar con precisión en qué medida no pueden gobernarse, y que no se prive de capacidad a quienes sí pueden gobernarse. La salvaguardia de este interés público justifica la presencia de un principio cuasi-inquisitorial y oficialista en la búsqueda de la verdad material que conlleva un incremento de los poderes asumidos por el juez⁷.

Por otro lado, para evitar que se produzcan situaciones de desamparo en el nuevo contexto social y familiar, es necesario que en ciertos casos institu-

⁶ I. GARCÍA VELASCO, *Derecho Internacional Privado (Reflexiones introductorias)*, Librería Cervantes, Salamanca, 1994, p. 75; M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 31-32. Dentro de una extensa bibliografía sobre el Estado de Bienestar, *vid.* F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, París, 1986; M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, 14ª ed., Alianza Universidad, Madrid, 1996.

⁷ M. CHIMENO CANO, *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 31.

ciones públicas tengan que hacerse cargo de la protección de los menores e incapaces. En muchos casos esas instituciones se rigen por normas de derecho público.

Finalmente, proliferan en este ámbito las normas imperativas, de carácter territorial, especialmente las dirigidas a la protección de las personas abandonadas o en situación de desamparo.

En definitiva, las medidas de protección del incapaz no han de considerarse tanto como medidas de protección individual que entren en la categoría del estatuto personal, sino como medidas de «garantía social».

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, el criterio de la nacionalidad como punto de conexión para determinar la ley aplicable a la tutela comienza a encontrar dificultades. Cuanto mayor es la intervención de autoridades públicas, más difícil se hace la aplicación de la ley de la nacionalidad. Si la ley personal es aconsejable para garantizar la continuidad en las normas que rigen las relaciones entre el tutor y el pupilo, no lo es tanto cuando intervienen autoridades públicas, que no se encuentran cómodas si tienen que someter sus actuaciones a una ley extranjera, distinta a la que las constituye, organiza y dota de poder. Especialmente si se trata de una autoridad administrativa difícilmente podrá someter su actuación a otra ley que no sea la que le da los poderes.

Esta fricción se puso de manifiesto en el famoso *Caso Boll*, planteado ante el Tribunal Internacional de Justicia y que fue resuelto en 1958⁸. En aquel

⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, «Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède), arrêt du 28 novembre 1958», *Clf Recueil*, 1958, pp. 55 y ss.; *Revue Critique de Droit International Privé* (1958), pp. 713 y ss.; *Journal du Droit International*, 1960, pp. 208 y ss. (resumen de M. PINTO); *American Journal of International Law*, vol. 53 (1959), pp. 436 y ss.

«En este asunto se manifestó con toda rotundidad el choque entre las normas imperativas del foro y las disposiciones de la ley nacional del incapaz», J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, p. 390.

Existe una abundante bibliografía acerca de este litigio: H. BATIFFOL y P. FRANCESCAKIS, «L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé», *Revue Critique de Droit International Privé* (1959), pp. 259 y ss.; A. BERNARDINI, «Questione relativa all'applicazione del 1902 sulla tutela dei minori (Sentenza del 28 Novembre 1958)», *La Comunità internazionale*, 1959, pp. 382-385; G. A. L. DROZ, «Une Convention de La Haye de droit international privé devant la Cour Internationale de Justice», *Revue Critique de Droit International Privé* (1958), pp. 626 y ss.; A. DYER, «L'évolution du Droit international privé de la famille en Europe au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye de Droit international privé: les avatars des Conventions de La Haye», en R. GANGHOFFER (dir.), *Le droit*

asunto, una menor holandesa con residencia en Suecia se encontraba bajo la protección de una entidad pública de dicho país. Holanda sostenía que dicha medida era incompatible con una tutela instituida conforme al derecho holandés, lo que suponía una violación del Convenio de La Haya de 1902 (según el art. 1 de dicho Convenio, la tutela de un menor se rige por la ley de su nación). En el fondo, como señala Marín López, detrás de todo había un problema de calificación. Cuando se elaboró el Convenio de 1902, la única institución que tenía en mente el legislador era la tutela. Por eso el Tribunal tuvo que establecer en primer lugar qué se entiende por tutela y, a continuación, determinar si la medida sueca (dictada por un órgano administrativo aplicando su propia ley) estaba comprendida en la noción de tutela. El Tribunal concluyó que las medidas adoptadas por las autoridades suecas no podrían subsumirse en el supuesto de hecho de la tutela, y por tanto no estaban sometidas al régimen del Convenio⁹.

En todo caso se puso de manifiesto la inconveniencia del criterio de la nacionalidad en este sector. No es de extrañar que solo tres años después el mencionado Convenio fuera sustituido por el Convenio de La Haya de 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores¹⁰, cuyos puntos centrales son los siguientes.

de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours (Actes des Journées internationales d'histoire du droit), Estrasburgo, 1992, p. 100; A. MARÍN LÓPEZ, «Los conflictos de leyes...», *op. cit.*, pp. 442-452; M. SIMON-DEPITRE, «La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1960-62, París, 1963, pp. 109-138.

⁹ MARÍN LÓPEZ discrepa de esta solución ya que las medidas adoptadas por la autoridad sueca limitaban la tutela holandesa (ley de la nacionalidad de la menor) sustrayendo de la misma la custodia, que es su derecho más importante (A. MARÍN LÓPEZ, «Los conflictos de leyes...», *op. cit.*, pp. 449-450).

¹⁰ Ratificado por España por Instrumento de 29 abril 1987, entró en vigor para nuestro país el 21 de julio de 1987. Publicado en BOE núm. 199, de 20 agosto 1987, rect. BOE núm. 267, de 7 noviembre 1987.

Entre la abundante bibliografía sobre este Convenio podemos destacar: A. BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, LGDJ, Genève, París, 2003, pp. 115-141; J. M. CASTRO-RIAL CANOSA, «El Convenio de La Haya sobre Protección de Menores», *Revista Española de Derecho Internacional*, núms. 1-2 (1961), pp. 11-54, y *ADC* (1961), pp. 851 y ss. (las citas se referirán a la primera revista); G. A. L. DROZ, «La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961», *Journal du Droit International* (1973), pp. 603 y ss.; A. DURAN AYAGO, «Comentario al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre protección de menores», en A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Legislación de DIPr. comentada y con jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 683-686; Y. LEQUETTE, «Le Droit international pri-

En primer lugar, el problema principal a resolver a la hora de proteger a un incapaz –desde el punto de vista del Derecho internacional privado– es la determinación de la autoridad competente para adoptar las medidas y asumir el control de las mismas. Estas autoridades pueden ser judiciales, pero también pueden ser entidades sometidas al derecho administrativo.

En segundo lugar, las autoridades mejor situadas para llevar a cabo esta tarea no son las de la nacionalidad sino las de la residencia habitual.

Por último, el criterio más acertado para determinar la ley aplicable a la protección no es el de la nacionalidad, sino el vincular la ley aplicable a la autoridad competente. Por lo tanto, si van a conocer las autoridades de la residencia habitual, lo más conveniente es que estas apliquen su propia ley.

Estos criterios han sido recogidos por el Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de Adultos, del año 2000¹¹. Según su artículo 5, las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del adulto son competentes para adoptar medidas dirigidas a la protección de su persona y sus bienes. En los artículos 6 a 11 establece la posibilidad de que sean otras autoridades las que adopten las medidas. No obstante, las autoridades de la residencia habitual siempre conservan el control sobre el ejercicio de esa competencia, o al menos se prevé que sean informadas de la adopción de medidas.

A la hora de designar el derecho aplicable, el art. 13 afirma que las autoridades que conozcan del asunto en virtud de los artículos mencionados, aplicarán su propia ley.

Sin embargo nuestra legislación determinaba la competencia de los tribunales españoles cuando la residencia habitual del presunto incapaz está en España (art. 22.3 LOPJ), pero la ley aplicable a la tutela era la de la nacionalidad (art. 9.6 CC). Por lo tanto, de estos dos preceptos se derivaba que las autoridades españolas podían verse abocadas a aplicar derecho extranjero a las medidas de protección como la tutela.

vé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 246 (1994), pp. 51-99; E. PÉREZ VERA, «El menor en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional* (1993), pp. 101-114; W. E. DE STEIGER, «La protection des mineurs en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 112 (1964), pp. 469-525.

¹¹ Aprobado el día 2 de octubre de 1999, obtuvo su primera firma el 13 de enero de 2000. El Convenio ya está en vigor en 7 países.

Una solución que se utilizaba para resolver este problema era la aplicación extensiva de la regla especial establecida en el propio art. 9.6 CC, que señalaba que las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas, se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española. No obstante, este inciso parece más bien pensado para los aspectos procedimentales, tales como las audiencias, la intervención del Ministerio Fiscal, etc.¹²

Por otra parte, las medidas provisionales o urgentes de protección, se regían, según el propio art. 9.6 CC, por la ley de la residencia habitual del incapacitado. Sin embargo, esta norma no garantiza siempre la coincidencia entre la competencia de las autoridades españolas y la aplicación de su propia ley, ya que el criterio de competencia para la adopción de medidas urgentes es, según el art. 22.5 LOPJ, que la persona o los bienes sobre los que recaiga la medida se encuentren en España¹³.

Finalmente, el último párrafo del art. 9.6 CC señala que será aplicable la ley española para tomar medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español. Este precepto que podría conllevar la acertada aplicación del derecho español a un supuesto concreto, encuentra sin embargo la dificultad de cuándo calificar una determinada situación como de «abandono»¹⁴.

Se puede concluir que la llamada *publicación* de la protección de los incapaces ha repercutido en las normas de derecho internacional privado de este sector en dos sentidos. En primer lugar, ha puesto de manifiesto la dificultad de utilizar como punto de conexión general el de la nacionalidad, que venía siendo el habitual tanto en los Códigos civiles de la Europa continental –incluido el español– como en los primeros Convenios de La Haya. En segundo lugar, ha afectado –o deberá afectar– a los supuestos de hecho de las normas de conflicto y competencia judicial internacional, que con carácter general se refieren a la institución de la tutela y a la incapacitación, planteándose el problema de si las figuras protectoras distintas a las mencionadas, y en las que puede intervenir una autoridad administrativa, son o no subsumibles en esos preceptos. La Convención de La Haya sobre protección internacional

¹² A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Cap. XV. Persona física», en *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, 2011, p. 45.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Vid. A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 216-219.

de adultos de 2000 ha comprendido bien estos cambios y ofrece soluciones adecuadas para este tipo de mecanismos.

En un supuesto práctico que afectase a un extranjero residente en España, si el Convenio de La Haya estuviera en vigor en nuestro país, determinaría la competencia de las autoridades españolas para dictar las medidas de protección y la ley aplicable a todos los aspectos relacionados con la tutela ejercida por una institución tutelar pública sería la española.

A una solución similar se llegará con la nueva redacción del art. 9.6 CC. Nuestros tribunales son competentes en materias relacionadas con la capacidad de las personas y las medidas de protección las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España, según el nuevo art. 22 quater LOPJ, que ha sustituido al art. 22.3 LOPJ. Como hemos señalado, la ley que aplicarán a la protección de los mayores de edad se determinará ahora por la ley de su residencia habitual, conforme a la nueva redacción del art. 9.6 CC párr. 2º, de manera que se unifican el *forum* y el *ius*.

Además se ha incluido una regla para supuestos de conflicto móvil: en el caso de cambio de residencia a otro país, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros países (art. 9.6 CC párr. 2º, 2º inciso). Esta regla está copiada en parte del Convenio de 2000, donde tiene más sentido.

Se ha eliminado el precepto relativo a las medidas de carácter protector y educativo, que se hace innecesaria en la medida en que las autoridades españolas ya van aplicar el derecho español a las medidas que afecten a personas que residan en España. Se mantiene la aplicación de la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.

III. LA LEY APLICABLE A LOS APODERAMIENTOS PREVENTIVOS

La otra tendencia en el ámbito de la protección de los incapaces es la de una mayor toma en consideración de la autonomía de la voluntad y los deseos de la persona. Por el momento esto no encuentra su plasmación en las normas de derecho internacional privado españolas, que siempre han sido reacias a admitir la autonomía de la voluntad en materias propias del estatuto personal. Sin embargo, el Convenio de La Haya sobre protección de adultos sí que recoge normas de competencia judicial internacional y normas de ley aplicable sensibles a esta nueva tendencia.

En cuanto a las primeras hay que señalar que el Convenio prevé la posibilidad de que las autoridades de la residencia habitual del adulto transfieran la competencia para la adopción de medidas de protección a las autoridades que el adulto hubiera designado por escrito¹⁵. Para que esta delegación pueda tener lugar es preciso que las autoridades de la residencia habitual aprecien que ello responde al mejor interés del adulto. Tal decisión puede ser adoptada por propia iniciativa o a solicitud de las autoridades elegidas por el adulto. Esta solución permite flexibilizar la regla general y lograr una protección más adecuada en el caso concreto. Para evitar que esta regla pueda tener un efecto negativo en la garantía de la protección, se establece que en el caso de que la autoridad a la que se transfiere la competencia no la acepte, las autoridades de la residencia habitual conservarán la competencia¹⁶. De esta forma se consigue un equilibrio entre flexibilidad y seguridad jurídica.

Por lo que se refiere a la ley aplicable, el nuevo Convenio permite que el adulto determine la ley aplicable a los poderes de representación que otorgue en previsión de una futura incapacidad. La ley que el adulto designe regirá todo lo relativo a la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación. No obstante, para garantizar una correcta protección y para evitar fraudes, el margen de elección no es ilimitado. En concreto, podrá optar por la ley de su nacionalidad; de una residencia habitual anterior a la actual; o la de un país donde el adulto tenga bienes, aunque sólo para los poderes de representación destinados a la protección de dichos bienes. En defecto de elección, los poderes de representación se regirán por la ley de la residencia habitual del adulto en el momento de otorgar el poder. En todo caso, las modalidades de ejercicio de los poderes de representación quedan sometidas a la ley del lugar donde se ejerzan¹⁷.

Convendría establecer en nuestro derecho internacional privado una norma para determinar la ley aplicable a los apoderamientos preventivos. Dichos apoderamientos son admisibles en derecho español desde la modificación del art. 1732 del CC llevada a cabo por el art. 11 de la Ley 41/2003. Por medio de dicha reforma se estableció que, frente a la regla general de que los

¹⁵ Art. 8.2 d) Convenio de La Haya de 2000.

¹⁶ Art. 8.3 Convenio de La Haya de 2000.

¹⁷ Art. 15 Convenio de La Haya de 2000. Sobre los aspectos que se considerarían «modalidades de ejercicio» de los poderes *vid.* A. BUCHER, «La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes», *RSDIE*, núm. 1 (2000), pp. 52-53 y A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 203-206.

mandatos se extinguen con la incapacidad del mandante, dicha extinción no se producirá si el poder se otorgó precisamente para hacer frente a la situación de incapacidad (en previsión de una futura incapacidad o especificando que pervivan a la incapacidad). Las particulares características que presentan estos mandatos dificultan su calificación y su incardinación en el supuesto de hecho de alguna de nuestras normas de conflicto y de competencia. Está claro que estos mandatos nacen de la autonomía de la voluntad de las personas. Pero no es menos cierto que las funciones que está llamado a desempeñar el mandatario se pueden corresponder con las que de ordinario vienen impuestas legalmente a la persona que asume un cargo tutelar, y que el negocio jurídico se celebra con una finalidad tuitiva. Además la posición de vulnerabilidad en la que se encuentra o puede encontrarse el mandante debería conllevar algún control especial, pues en el momento en el que el contrato despliegue sus efectos existirá un desequilibrio entre las partes. Todo ello aconseja una participación legitimadora u homologadora de las autoridades públicas. Como se puede comprobar lo contractual y lo legal aparecen entremezclados en este tipo de mandatos¹⁸. Si nos fijamos en el diseño que nuestro Código civil¹⁹ hace de los llamados «apoderamientos preventivos» o «mandatos de protección»²⁰ observaremos que se celebran cuando el adulto goza de capacidad para ello; que comienzan a desplegar sus efectos cuando el adulto sufre una merma en sus facultades que no necesariamente tiene que justificar una incapacitación; y que, finalmente, en el caso de que ésta se produzca, corresponderá al juez decidir sobre la continuidad o no del mandato, ya sea en el momento de constituir el órgano tutelar, ya sea posteriormente a instancia del tutor. Según esto se pueden distinguir diversas etapas en el mandato. Una primera etapa iría desde su institución hasta el momento en el que sobrevenga la incapacidad «apreciada conforme a lo dispuesto» por el mandante. Durante ese tiempo el

¹⁸ M. ECHEZARRETA FERRER, «Gestión de la diversidad...», *op. cit.*, p. 378.

¹⁹ Su regulación se deduce del último párrafo del art. 1732:

«(...)

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

²⁰ Al igual que los mandatos ordinarios prorrogados, no se extinguen con la incapacidad del otorgante. A diferencia de éstos, comienzan a desplegar sus efectos cuando sobreviene la situación de incapacidad (en sentido amplio) prevista por el mandante.

contrato celebrado no produce efectos. Una vez acontecido el hecho previsto por el otorgante (no necesariamente la incapacitación) el mandato comenzará a producir efectos al margen de cualquier control por parte de las autoridades públicas. Sólo en el caso de que la disminución de las facultades del adulto sea tan grave como para justificar la incapacitación pesará sobre el mandatario la obligación de promover la constitución de una tutela y en caso de no hacerlo será responsable solidario de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse (art. 229 CC). Además se le aplicarán las reglas establecidas para la guarda de hecho en los arts. 303-304 CC²¹. Ello supone que cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un mandatario-protector podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Una vez se inste el procedimiento de incapacitación el juez podrá adoptar las medidas cautelares pertinentes. Por último, cuando el adulto sea declarado incapaz, la actuación del mandatario (en el caso de que se opte por su continuidad) estará controlada por el tutor y por el juez, pues podrán promover y dictaminar la extinción del mandato cuando lo estimen conveniente. Podríamos concluir que la protección *legal* comienza cuando existe una causa de incapacitación. Hasta ese momento no existe un control por parte de las autoridades públicas ni hay –como es lógico– obligación de promover la constitución de una institución protectora.

La representación que lleva a cabo el apoderado tiene naturaleza predominantemente voluntaria. No existiría de no haberlo querido el mandante. Él ha establecido «las bases, las directrices, los límites y los detalles de la actuación representativa»²². Sin embargo, desde el momento en que concurra una causa de incapacitación, una serie de preceptos del Código estarán llamados a aplicarse. Dichas normas irán dirigidas a proteger al adulto mediante el control de la actividad del mandatario. Tras la constitución de la tutela, la representación que lleva a cabo el apoderado queda en cierto modo integrada dentro del sistema de protección establecido por el juez. No es posible encasi-

²¹ M. P. REPRESA POLO, «Cap. V. Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces», en S. DÍAZ ALABART (dir.), *La protección jurídica...*, op. cit. Vid. también M. FAUS, «El Poder y la incapacitación del Poderdante previsor. Actual art. 1732 del CC», *Breviario civil. 1: Contratos*, 2006, ID. vLex: VLEX-GO485.

²² C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil. Parte general y Derecho de la persona*, t. I, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 497-498.

llar sin matices esta nueva forma de representación como legal o voluntaria²³. Además, en cada etapa de la vida del mandato, lo voluntario y lo legal se manifiestan con distinta intensidad.

Ni el art. 9.6 CC, ni el art. 10.11 CC (ni en lo referido a la representación legal ni a la representación voluntaria), ni el Reglamento de Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (que excluye la representación de su ámbito material), parecen adecuados para determinar la ley aplicable a esta figura.

En un caso concreto podría plantearse la cuestión de si el poder se rige por la ley aplicable a la representación legal (residencia habitual desde la reforma del 9.6 CC) o por la del lugar donde el poder se debe ejercitar. Si el Convenio de La Haya fuera aplicable, el otorgante podría haber elegido la ley aplicable, y, en su defecto, la ley aplicable sería la de la residencia habitual de la poderdante en el momento de otorgar el poder. Aunque la reforma del art. 9.6 CC puede simplificar las cosas, el régimen jurídico actual no resulta satisfactorio.

En consecuencia, cabría animar al legislador español a adoptar una solución similar a la que ofrece el art. 15 del Convenio de La Haya, que da entrada a la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable al mandato, pero de una forma matizada, en la medida en que sólo puede optarse por un número limitado de leyes.

IV. CONCLUSIÓN

La protección de los incapaces ha sido siempre un ámbito de concurrencia de intereses públicos y privados. Desde el punto de vista jurídico, son dos tendencias destacables: la progresiva intervención de autoridades públicas de distinta naturaleza en la garantía de la protección, y una progresiva toma en consideración de la voluntad del adulto. Ambas tendencias deben ser tenidas en cuenta por el derecho internacional privado.

Sobre la primera, nuestras normas de derecho internacional privado de origen interno no respondían adecuadamente a estos dos aspectos. La nueva

²³ Para M. MARTÍNEZ MARTÍN, «La modificación del artículo 1732 del Código Civil realizada por la ley 41/2003», en J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pp. 625-633, se trata de una representación voluntaria.

redacción del art. 9.6 CC, que sigue el modelo del Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos, se adapta mejor a realidad actual, ya que permite que las autoridades españolas apliquen derecho español a las medidas de protección sobre adultos que residan en España.

Siendo un avance importante, no resulta suficiente. La creación de nuevas medidas de protección basadas en la autonomía de la voluntad hace precisas normas de conflicto adecuadas. En el Convenio de La Haya podemos encontrar una guía para seguir actualizando nuestras normas de derecho internacional privado a la nueva realidad del derecho material.